

### Gefahrenabwehr im demokratischen Rechtsstaat: zur Debatte um ein "Feindrecht"

Bielefeldt, Heiner

Veröffentlichungsversion / Published Version  
Monographie / monograph

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:  
Deutsches Institut für Menschenrechte

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bielefeldt, H. (2008). *Gefahrenabwehr im demokratischen Rechtsstaat: zur Debatte um ein "Feindrecht"*. (Essay, 9). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-315514>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

#### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

# Gefahrenabwehr im demokratischen Rechtsstaat

Zur Debatte um ein „Feindrecht“

Heiner Bielefeldt



Deutsches Institut  
für Menschenrechte



## Impressum

Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights

Zimmerstr. 26/27  
D-10969 Berlin  
Phone: (+49) (0)30 – 259 359 0  
Fax: (+49) (0)30 – 259 359 59  
[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)  
[www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de)

Gestaltung:  
**iserundschmidt**  
Kreativagentur für PublicRelations GmbH  
Bonn – Berlin

Essay No. 9  
September 2008

ISBN 978-3-937714-71-4  
(PDF-Version)

© 2008 Deutsches Institut  
für Menschenrechte  
Alle Rechte vorbehalten

Gedruckt auf 100% Altpapier

## Der Autor

**Prof. Dr. Heiner Bielefeldt** ist Direktor des  
Deutschen Instituts für Menschenrechte.

# Gefahrenabwehr im demokratischen Rechtsstaat

## Zur Debatte um ein „Feindrecht“

### 1. Der Rechtsstaat im Umbruch?

Die Gewährleistung innerer und äußerer Sicherheit gehört zu den elementaren Aufgaben des demokratischen Rechtsstaates. Dies geschieht mittels der Androhung und notfalls Anwendung von Gewalt, deren legitimes Monopol der Staat innehat. Als Rechtsstaat unterwirft er sich bei der Ausübung des Gewaltmonopols zugleich rechtlichen Bindungen, insbesondere den Menschenrechten, deren Einhaltung über Mechanismen der Gewaltenteilung sowie durch Rückbindung politischen Handelns an die demokratische Öffentlichkeit kontrolliert wird. Die Durchsetzung des rechtlich eingebundenen staatlichen Gewaltmonopols, durch die möglich geworden ist, Selbstjustiz und Faustrecht zu überwinden und die Gesellschaft zu befrieden, stellt eine hohe zivilisatorische Errungenschaft dar.<sup>1</sup> Was beim Verlust des rechtsstaatlichen Gewaltmonopols auf dem Spiel steht, zeigen die entsetzlichen Verhältnisse in „zerfallenden Staaten“, in denen Warlords

und Mafia-Organisationen das Regiment übernehmen, ohne auch nur eine prekäre Sicherheit zu garantieren.

Der Terrorismus bedroht den demokratischen Rechtsstaat im Kern. Durch mediengerecht inszenierten Massenmord sucht er die Gesellschaft zu paralisieren<sup>2</sup> und den Staat als ohnmächtig zu entlarven oder zu rechtswidrigen Überreaktionen zu provozieren. Die menschenverachtenden Mittel, derer sich die Terroristen bedienen, sind Ausdruck totalitärer Ideologien, die das genaue Gegenteil des auf Respekt von Menschenwürde und Menschenrechten gegründeten demokratischen Rechtsstaats darstellen. Daher muss dieser alle ihm zu Gebote stehenden – das heißt alle rechtsstaatlich vertretbaren – Mittel einsetzen, um terroristische Gefahren frühzeitig zu erkennen, effektiv abzuwehren und den Terrorismus nach Möglichkeit zu überwinden. Dass auch Deutschland unmittelbar bedroht ist, hat beispielsweise die Anschlagsvorbereitung der radikal-islamistischen „Sauerland-

1 Vgl. Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 3. Aufl. Opladen 1988, S. 47ff.

2 Vgl. Peter Waldmann, Terrorismus. Provokation der Macht, 2. Aufl. Hamburg 2005.

Attentäter“ gezeigt, die im Sommer 2007 glücklicherweise von Polizei und Geheimdiensten noch rechtzeitig aufgedeckt werden konnte.

Nach dem 11. September 2001 kam es in Deutschland zur Verabschiedung zahlreicher neuer Sicherheitsgesetze, die das Instrumentarium der Gefahrenabwehr erheblich erweitert haben.<sup>3</sup> Die Befugnisse der Polizei sind immer stärker *ins Vorfeld* von konkret sich abzeichnenden Gefahren hinein ausgedehnt worden – was zugleich die Absenkung rechtsstaatlicher Eingriffsschwellen mit sich bringt.<sup>4</sup> Während sich die Kompetenzen der Polizei auf diese Weise ein Stück weit in Richtung geheimdienstlicher Vorfeldaufklärungsbefugnisse verlagern, haben die Geheimdienste ihrerseits exekutive Zugriffrechte erhalten, die klassischerweise der Polizei vorbehalten sind. Polizei und Geheimdienste haben sich insofern in Kompetenzen und Funktionen einander angenähert. Hinzu kommt, dass auch der Informationsfluss zwischen beiden intensiviert worden ist. Die demokratische und rechtsstaatliche

Kontrolle von Polizei und Geheimdiensten wird durch die verschwimmenden Grenzen und den Abbau konkreter Eingriffsschwellen immer schwieriger.<sup>5</sup>

Die Zielsetzung präventiver Sicherheit schlägt sich auch im Strafrecht nieder, nämlich in neu geschaffenen „abstrakten Gefährungsdelikten“, in denen nicht die konkrete Verletzung eines Rechtsguts, sondern die Schaffung einer *möglichen Gefahrensituation* geahndet wird. In die Systematik eines auf konkreten Rechtsgüterschutz ausgerichteten Strafrechts lassen sich solche abstrakten Gefährungsdelikte nicht leicht einordnen.<sup>6</sup> Im Bereich des Aufenthaltsrechts zeigen sich sicherheitspolitische Verschärfungen zum Beispiel in erweiterten Ausweisungsregelungen gegenüber solchen Personen nicht-deutscher Staatsangehörigkeit, die, auch ohne dass eine strafrechtliche Verurteilung vorliegen muss, als mögliche Gefahren für die innere Sicherheit angesehen werden.<sup>7</sup> Auch das Aufenthaltsrecht wird somit verstärkt in das Sanktionsinstrumentarium des Staates einbezogen.

- 
- 3 In ein umfassendes Bild der Veränderungen würden auch die sicherheitspolitischen Maßnahmen auf EU-Ebene und im internationalen Raum gehören, die in der folgenden knappen Skizze nicht dargestellt werden. Eine rechtsvergleichende Übersicht präsentiert Hans-Jörg Albrecht, Antworten der Gesetzgeber auf den 11. September – eine vergleichende Analyse internationaler Entwicklungen, in: *Journal für Konflikt- und Gewaltforschung* 2 (2002), S. 46ff.
  - 4 Vgl. Christoph Gusy, Präventionsstaat zwischen Rechtsgüterschutz und Abbau von Freiheitsrechten in Deutschland, in: Kurt Graulich/ Dieter Simon (Hg.), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit. Analysen, Handlungsoptionen, Perspektiven*, Berlin 2007, S. 273ff.
  - 5 Vgl. Christoph Gusy, Mehr als der Polizei erlaubt ist? Die Nachrichtendienste im Antiterrorkampf, in: Stefan Huster/Karsten Rudolph (Hg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Frankfurt a.M. 2008, S. 120ff.
  - 6 Vgl. Bettina Weißer, Der „Kampf gegen den Terrorismus“ – Prävention durch Strafrecht?, in: *Juristenzeitung* 8/2008, S. 388ff.
  - 7 Vgl. Reinhard Marx, Zu den ausländer- und asylrechtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht* 4/2002, S. 127ff. Vgl. auch die Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte bei der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags zum EU-Richtliniengesetz, vorgetragen von Ruth Weinzierl am 21. Mai 2007.

Schließlich sah das Luftsicherheitsgesetz Regelungen für den Abschuss von Passagierflugzeugen vor, die von Terroristen gesteuert, als Waffen gegen zivile Ziele eingesetzt werden.<sup>8</sup> Dieses Gesetz wurde vom Bundesverfassungsgericht allerdings für nichtig erklärt.<sup>9</sup>

Die Serie neuer Sicherheitsgesetze, die keineswegs als schon abgeschlossen gelten kann, hat die staatlichen Eingriffsbefugnisse in Grund- und Menschenrechte erheblich erweitert. Betroffen ist insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>10</sup> Durch viele Maßnahmen wird es mit großer Streubreite tangiert, während Online-Durchsuchungen schon aufgrund des erforderlichen Aufwands zwar selten stattfinden dürften, dafür aber eine hohe Eingriffstiefe aufweisen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Betroffenen oft gar nichts über Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung erfahren, sich also nicht gerichtlich dagegen zur Wehr setzen können.<sup>11</sup>

Manche Mittel der Informationsbeschaffung zum Zweck der Gefahrenabwehr betreffen außerdem das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, den Quellenschutz innerhalb des Journalismus (und damit die Mei-

nungs- und Pressefreiheit) oder auch den besonderen Vertrauensschutz, den einige Berufsgruppen (Ärzte, Rechtsanwälte, Geistliche etc.) genießen. Sofern bestimmte Gruppen von Personen – etwa Menschen mit Migrationsgeschichte oder Muslime – durch Maßnahmen wie die Rasterfahndung überdurchschnittlich beeinträchtigt werden, könnten Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot vorliegen. Mit dem gerichtlich gescheiterten Luftsicherheitsgesetz wären schließlich auch Abwägungen innerhalb des Rechts auf Leben möglich geworden.

Das Bundesverfassungsgericht hat hinsichtlich der jüngeren Sicherheitsgesetze wiederholt deutliche Korrekturen eingefordert. In mehreren Fällen rügte es unverhältnismäßige Einschränkungen von Grund- und Menschenrechten, die auch durch die sicherheitspolitische Zwecksetzung nicht zu rechtfertigen seien – so etwa in den Entscheidungen zum Großen Lauschangriff,<sup>12</sup> zu den Regelungen für die vorbeugende Telefonüberwachung im niedersächsischen Polizeigesetz,<sup>13</sup> zur nordrhein-westfälischen Regelung von Online-Durchsuchungen<sup>14</sup> oder zur automatischen Registrierung von KFZ-Kennzeichen in Hessen und Schleswig-Holstein.<sup>15</sup> Die entsprechenden Gesetze

8 Vgl. Heribert Prantl, *Leben gegen Leben. Der Abschuss von unschuldigen Menschen: Die Problematik des Luftsicherheitsgesetzes*, in: *Jahrbuch Menschenrechte* 2006, Frankfurt a.M. 2005, S. 88ff.

9 Vgl. Urteil des BVerfG vom 15.02.2006: 1 BvR 357/05.

10 Vgl. Peter Schaar, *Der Rüstungswettlauf in der Informationstechnologie*, in: Huster/ Rudolph (Hg.), a.a.O. S. 45ff.

11 Vgl. Hansjörg Geiger, *Effizienz vor Recht? – Die Notwendigkeit einer neuen Balance zwischen Sicherheit und Freiheit – Zunehmender Vorrang der Sicherheit?*, in: *der kriminalist* 02/2008, S. 76ff., hier S. 79.

12 Vgl. Urteil des BVerfG vom 03.03.2006: 1 BvR 2378/98–1 BvR 1084/99.

13 Vgl. Urteil des BVerfG vom 27.07.2005: 1 BvR 668/04.

14 Vgl. Urteil des BVerfG vom 27.02.2008: 1 BvR 370/07–1 BvR 595/07.

15 Vgl. Urteil des BVerfG vom 11.03.2008: 1 BvR 2074/05; 1 BvR 1254/07.

wurden deshalb vom Gericht in wesentlichen Teilen für verfassungswidrig erklärt. Spektakulär war die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz, das vom Gericht unter anderem deshalb für nichtig erklärt wurde, weil es eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare Abwägung von Leben gegen Leben ermöglicht hätte. Welche Folgerungen aus diesem Urteil des Bundesverfassungsgerichts gezogen werden sollen, das heißt, ob die Ermächtigung des Staates zum präventiven Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeugs auf anderen verfassungsrechtlichen Wegen erreicht oder aufgegeben werden soll, ist derzeit politisch umstritten.

In Teilen der Politik und der Öffentlichkeit – auch der Fachöffentlichkeit – wird nach dem 11. September 2001 sicherheitspolitischen Interessen ein prinzipieller Vorrang gegenüber den Menschenrechten zugesprochen. Dies zeigt Auswirkungen auf die Kultur der Rechtsstaatlichkeit. Ein praktisches und zugleich hochsymbolisches Beispiel für den Klimawechsel der letzten Jahre

bietet die Infragestellung des Folterverbots, teils vorgetragen im Namen einer so genannten „Rettungsfolter“. Zwar unterstützt die juristische Mehrheitsmeinung in Deutschland nach wie vor das Folterverbot, das in allen einschlägigen internationalen Menschenrechtsnormen und auch im humanitären Völkerrecht klar als absolutes und notstandsfestes Verbot formuliert ist.<sup>16</sup> Diejenigen, die für einen Einsatz der Folter in Extremsituationen der Gefahrenabwehr eintreten oder Folter dann ggf. rechtfertigen würden,<sup>17</sup> haben sich jedoch zunehmend Gehör verschafft und sind inzwischen bis in die Grundrechtskommentierung vorge drungen.<sup>18</sup> Dies kann langfristige Auswirkungen auf Rechtsbewusstsein und Rechtspraxis haben.

Als weiteres Beispiel ließe sich die Abwertung des Datenschutzes anführen, der über Jahre hinweg vielfach wie ein bloß lästiges Hindernis effektiver Sicherheitspolitik dargestellt wurde, obwohl der informationellen Selbstbestimmung vom Bundesverfassungsgericht schon 1983 grundrechtliche

- 
- 16 Vgl. z.B. Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2006, S. 59ff.; Ulrike Davy, Darf Deutschland wirklich ausnahmsweise foltern? Eine europäische Antwort, in: Constance Grewe/ Christoph Gusy (Hg.), Menschenrechte in der Bewährung. Die Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention in Frankreich und Deutschland im Vergleich, Baden-Baden 2005, S. 177ff.; Helmuth Schulze-Fielitz, Kommentar zu Artikel 104 GG, in: Grundgesetzkommentar hg. von Horst Dreier, Tübingen 2000, S. 683ff., bes. S. 706ff.; Reinhard Marx, „Globaler Krieg gegen Terrorismus“ und territorial gebrochene Menschenrechte, in: Kritische Justiz 2006, S. 151ff.
- 17 Vgl. z.B. Winfried Brugger, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, in: Der Staat 35 (1996), S. 67ff.; ders., Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: Juristenzeitung 55 (2000), S. 165ff.
- 18 Vgl. z.B. die Neukommentierung von Artikel 1 Absatz 1 (Menschenwürde) durch Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig u.a. (Hg.), Grundgesetzkommentar (Ergänzungslieferung, München 2003). Herdegen hält es „im Einzelfall“ für möglich, „dass die Androhung oder Zufügung körperlichen Übels, die sonstige Überwindung willentlicher Steuerung oder die Ausforschung unwillkürlicher Vorgänge wegen der auf Lebensrettung gerichteten Finalität eben nicht den Würdeanspruch verletzen“ (Rdnr. 45).

Qualität zuerkannt worden war.<sup>19</sup> Bemerkungen, wonach sich in breiten Kreisen der Bevölkerung doch längst ein lockerer Umgang mit persönlichen Daten entwickelt habe, dienten dazu, den Datenschutz insgesamt als anachronistisch abzutun. Ob der menschenrechtliche Stellenwert der informationellen Selbstbestimmung – angesichts der jüngsten Skandale um Datendiebstahl und Datenmissbrauch sowie angestoßen durch die aktuellen Debatten um Online-Durchsuchungen und Datenvorratsspeicherung – derzeit möglicherweise wieder neu entdeckt wird, lässt sich noch nicht abschätzen.

Schließlich gibt es Stimmen, die dafür eintreten, die Rechtsbindung des Staates im Kampf gegen den Terrorismus grundsätzlich zu überdenken und zu revidieren. Solche Überlegungen laufen teilweise auf die Statuierung der Kategorie eines „Feindrechts“ hinaus. In der Auseinandersetzung mit Terroristen, die die grundlegenden Prämissen von Rechtsstaatlichkeit aggressiv bestreiten, müsse es – so lautet das Argument – dem Staat möglich sein, die rechtliche Einbindung der Staatsgewalt notfalls in Teilbereichen zu suspendieren oder im Einzelfall zu durchbrechen.<sup>20</sup> Damit aber sind nicht nur konkrete menschenrechtliche Normen oder rechtsstaatliche Prinzipien betroffen; vielmehr wird darüber hinaus der Stellenwert von Menschenrechten und Rechtsstaatlichkeit im Kampf gegen den

Terrorismus ganz grundsätzlich in Frage gestellt. Die Überlegungen zu einem eigenen „Feindrecht“ zielen insofern unmittelbar auf das Selbstverständnis des demokratischen Rechtsstaats.

Der vorliegende Text beschäftigt sich nicht mit einzelnen sicherheitspolitischen Maßnahmen, sondern zielt darauf ab, die normativen Grundlagen des demokratischen Rechtsstaats in Erinnerung zu bringen, die auch in Zeiten terroristischer Bedrohung und bei veränderter Sicherheitslage gewahrt werden müssen. An die Überlegungen zu Menschenwürde, Menschenrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen schließt sich eine kritische Auseinandersetzung mit dem Konzept eines von rechtsstaatlichen Bindungen abgelösten „Feindrechts“ an.

---

## 2. Bindung an Menschenwürde und Menschenrechte

Der Rechtsstaat ist dadurch definiert, dass er sich bei der Setzung und Durchsetzung von Rechtsnormen zugleich selbst dem Recht unterwirft. Diese Selbstbindung des Rechtsstaats beschränkt sich nicht auf die Einhaltung bestimmter Verfahrensordnungen, die dazu dienen, den Rechtsvollzug transparent und kontrollierbar zu gestalten. Vielmehr ist der Rechtsstaat darüber hinaus an die *Achtung jener grundlegenden Legi-*

---

19 Vgl. BVerfGE 65, 1ff („Volkszählung“). Der Datenschutz ist – als Ausdruck der gemeinsamen Rechtsüberzeugung der EU-Mitgliedstaaten – auch in der (rechtlich noch nicht in Kraft getretenen) EU-Grundrechtecharta verankert sowie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bekräftigt worden.

20 Vgl. dazu unten, Abschnitt V.



*timationsquellen des Rechts* gebunden, die nicht nur den konkreten Rechtsnormen, sondern auch den etablierten Verfahren ihrer staatlichen Erzeugung voraus liegen: die Menschenrechte, das Demokratieprinzip, rechtsstaatliche Grundsätze und – dies alles tragend – die *Idee der Menschenwürde*.

In Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes wird alle staatliche Gewalt auf die Menschenwürde verwiesen, die als „unantastbar“ gilt. Der fundamentale Stellenwert dieses Bekenntnisses zur Menschenwürde zeigt sich im Verfassungstext nicht zuletzt darin, dass es über Artikel 79 Absatz 3 GG jeder legalen Abänderung entzogen ist; der verfassungsändernde Gesetzgeber könnte diese Grundnorm des Rechtsstaats nicht einmal mit überwältigender Mehrheit aufheben.

Das Bekenntnis des Rechtsstaats und der ihn tragenden Rechtsgemeinschaft zur Menschenwürde hat seinerseits Gründe. Zum einen sind dies Erfahrungsgründe. Die historische Erfahrung barbarischer Missachtung der Menschenwürde in Ideologie und Herrschaftspraxis des Nationalsozialismus hat die Verfasserinnen und Verfasser des Grundgesetzes dazu bewogen, den gebotenen Respekt der Menschenwürde an den Anfang der Verfassungsordnung zu stellen und sie als „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ festzuschreiben.<sup>21</sup>

Zum anderen lässt sich der fundamentale Stellenwert der Menschenwürde als die implizite *Voraussetzung aller normativen*

*Verbindlichkeiten* – auch rechtlicher Verbindlichkeiten – aufweisen.<sup>22</sup> Dass Menschen Abkommen miteinander eingehen können, die für alle verlässlich gelten sollen; dass sie einander wechselseitige Versprechungen machen können; dass sie für sich selbst und gemeinsam mit anderen normative Orientierung suchen und normative Eckpunkte in einer Verfassungsordnung festschreiben können – all dies hängt daran, dass der Mensch sich selbst und jeden anderen Menschen als *Subjekt möglicher Verantwortung* anerkennt. Genau dies wiederum bildet den Kern der Idee der Menschenwürde. Sie enthält einen Achtungsanspruch des Menschen gegenüber sich selbst sowie gegenüber jedem anderen Menschen als die letzte Quelle aller Normativität. Ohne diesen elementaren Achtungsanspruch gegenüber der Menschenwürde eines jeden wären normative Verbindlichkeiten zwischen Menschen letztlich nicht denkbar; sie können weder entstehen noch aufrechterhalten werden. Darin besteht der schlechthin grundlegende, axiomatische Status der Menschenwürde für Normen aller Art – von der persönlichen Moral über die ethischen Traditionen einer Gemeinschaft bis hin zur demokratischen Verfassungsordnung und zum internationalen Recht.

Aus diesem grundlegenden Status der Menschenwürde ergibt sich, dass sie in jedem Menschen *gleichermaßen* zu respektieren ist. Die Achtung der Würde kann nicht von äußeren Kriterien – geistigen Fähigkeiten, Lebensleistung, gesellschaftlicher Funktio-

21 Vgl. Paul Tiedemann, Was ist Menschenwürde? Eine Einführung, Darmstadt 2006.

22 Eine ausführliche Erörterung dazu findet sich bei: Heiner Bielefeldt, Menschenwürde. Das Fundament der Menschenrechte (erscheint in Kürze in der Essay-Reihe des Deutschen Instituts für Menschenrechte).

nalität, persönlicher Integrität etc. – abhängig gemacht werden, sondern gilt dem Menschen als Menschen, das heißt jedem Menschen in gleichem Maße. Die Menschenwürde ist nur denkbar als die eine und gleiche Würde jedes Menschen.

Auch das eigentlich normative Moment der Rechtsnormen, das heißt ihre *innere Verbindlichkeit*, entsteht nicht erst durch staatliche Durchsetzungsbefehle und damit verbundene Zwangsandrohungen, die den Rechtsnormen lediglich ihre unverzichtbare *äußere Verlässlichkeit* und Wirksamkeit verschaffen. Die Verbindlichkeit von Rechtsnormen ergibt sich zunächst aus dem Verfahren ihrer Entstehung – aus der Vereinbarung, die die Partner eines rechtlichen Vertrags miteinander eingehen, oder aus gemeinsamen Beratungen und Abstimmungen im demokratischen Verfahren der staatlichen Gesetzgebung. Auch dabei schwingt der Achtungsanspruch der Menschenwürde jedoch als eine *meist unausgesprochene, stets tragende Voraussetzung* mit.

Der gebotene Respekt der Würde des Menschen als Verantwortungssubjekt ist deshalb nicht nur eine Rechtsnorm neben anderen Rechtsnormen, sondern hat den herausgehobenen Stellenwert einer Grundnorm. Denn

an ihr hängt es, dass es überhaupt so etwas wie rechtliche Verbindlichkeit geben kann. Sie bildet insofern gleichsam die schlechthin *unhintergehbare Prämisse* des demokratischen Rechtsstaats.

Der Respekt der Menschenwürde findet seine *ausdrückliche* politisch-rechtliche Anerkennung in jenen fundamentalen Rechten, die jedem Menschen gleichermaßen zukommen und die deshalb Menschenrechte genannt werden.<sup>23</sup> Der Anspruch, dass der Mensch niemals zum bloßen Mittel verdinglicht, sondern aufgrund seiner Würde immer zugleich als *Selbstzweck* geachtet werden soll,<sup>24</sup> gewinnt wirksame Rücken- deckung durch die grundlegenden Rechte aller Menschen auf *freie Selbstbestimmung*.<sup>25</sup> Alle Menschenrechte haben als Ausdruck des Respekts vor der Menschenwürde eine freiheitliche Orientierung; sie sind, genau besehen, allesamt Freiheitsrechte. Dies gilt nicht nur für die liberalen und politischen Rechte, die oft die freiheitliche Komponente schon im Titel tragen („Gewissensfreiheit“, „Religionsfreiheit“, freie Meinungsäußerung“, „Versammlungsfreiheit“, „Vereinigungsfreiheit“ etc.), sondern auch für die wirtschaftlichen und sozialen Rechte, die den Menschen vor einseitigen Abhängigkeiten – also konkreter Unfreiheit

23 Der innere Zusammenhang zwischen der Menschenwürde und den Menschenrechten wird in Artikel 1 des Grundgesetzes durch die Kausalpräposition „*darum*“ ausgedrückt: Im Anschluss an das Postulat der unantastbaren Menschenwürde (in Absatz 1) heißt es in Absatz 2: „Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“

24 In freiem Anschluss an Kants Formulierung des kategorischen Imperativs: „Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe (im Folgenden: AA), Bd. IV, S. 429.

25 Nähere Erläuterungen bei Heiner Bielefeldt, Philosophie der Menschenrechte, Darmstadt 1998.

– im Wirtschafts- und Sozialleben bewahren sollen.<sup>26</sup>

Weil in der „unantastbaren“ Würde des Menschen begründet, sind die Menschenrechte ihrerseits „unveräußerlich“. Als solche werden sie nicht nur im Grundgesetz bestimmt, sondern zuvor schon in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 ausgewiesen. Die Präambel beginnt mit der Feststellung, dass „die Anerkennung der innewohnenden Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der menschlichen Familie die Grundlage der Freiheit, der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt“ bildet. Diese Formulierung ist – teilweise mit Varianten – in fast alle Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen übernommen worden. Sie hat auch die Verfasserinnen und Verfasser des Grundgesetzes inspiriert.

Schon in den ersten Menschenrechtsdokumenten des ausgehenden 18. Jahrhunderts findet sich die Figur der „inalienable rights“<sup>27</sup>. Sie markiert einen qualitativen Unterschied zwischen den Menschenrechten und solchen Rechtspositionen, über die der Mensch nach eigenem Ermessen verfügen – und auf die eben auch verzichten – kann. Der rechtsethische Grund der Unveräußerlichkeit der

Menschenrechte besteht darin, dass der Mensch sich durch den Verzicht auf diese Rechte als *Subjekt eigener Verantwortung* verleugnen würde; die Selbstpreisgabe als Verantwortungssubjekt aber wäre mit der Würde des Menschen unvereinbar und würde zugleich die Voraussetzung aller normativen Verbindlichkeiten – und damit auch jedweder rechtlicher Verbindlichkeit – negieren. Deshalb postuliert Kant, dass es „unverlierbare Rechte“ gebe, „die der Mensch nicht aufgeben kann, selbst wenn er auch wollte“<sup>28</sup>. Konkret richtet sich dieses Postulat gegen die Staatstheorie des Thomas Hobbes, in der die Freiheit der Menschen als Tauschobjekt gegen ein staatliches Sicherheitsversprechen zur Disposition gestellt wird. Ein solcher Tausch der Freiheit gegen das Versprechen von Sicherheit wäre, so Kant, rechtlich unmöglich, weil er gegen die Prämisse der Rechtllichkeit, die Achtung beziehungsweise Selbstachtung des Menschen als Verantwortungssubjekt, verstoßen würde.

---

### 3. Achtung und Schutz der Freiheitsrechte

Die Idee „unveräußerlicher“, weil in der Würde des Menschen begründeter Frei-

---

26 Vgl. Michael Krennerich, Soziale Rechte sind Freiheitsrechte! Plädoyer für ein freiheitliches Verständnis wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, in: Jahrbuch Menschenrechte 2007, Frankfurt a.M. 2006, S. 57ff.

27 Vgl. Dietmar Willoweit, Die Veräußerung der Freiheit. Über den Unterschied von Rechtsdenken und Menschenrechtsdenken, in: Würde und Recht des Menschen. Festschrift für Johannes Schwartländer, Würzburg 1992, S. 255ff.

28 Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, AA, Bd. VIII, S. 304.

heitsrechte ist keine bloße Utopie, sondern *Legitimationsprinzip des demokratischen Rechtsstaats*. Sie steht dem staatlichen Gewaltmonopol nicht nur als äußere Schranke gegenüber, sondern ist ihm gleichsam als Bedingung seiner Legitimität eingeschrieben. Wie die Freiheitsrechte auf die staatliche Durchsetzungsgewalt angewiesen sind, um praktische Wirksamkeit zu erhalten, so gilt im Gegenzug, dass das staatliche Gewaltmonopol erst in der Bindung an die Freiheitsrechte rechtsstaatliche Qualität gewinnt.

Recht ist nach Kant per definitionem „mit der Befugnis zu zwingen verbunden“<sup>29</sup> Dies gilt auch für die Freiheitsrechte, die ebenfalls die Komponente staatlicher Durchsetzung benötigen. Freiheit ist in der Tat nur „lebbar“ in einer staatlichen Friedensordnung, die, um sich Geltung zu verschaffen, notfalls auch Mittel des Zwangs androhen und einsetzen können muss. Deshalb stehen Freiheitsrechte und staatliche Sicherheitspolitik keineswegs in einem Verhältnis des abstrakten Antagonismus zueinander, wie dies gelegentlich unterstellt wird. Das Verhältnis beider lässt sich nicht so beschreiben, dass Sicherheitsgewinne stets nur auf Kosten der Freiheit möglich wären und die Wahrung der Freiheitsrechte umgekehrt per se eine Behinderung für effektive Sicherheitspolitik darstellte. Dass ohne wirksame staatliche Sicherheitspolitik, die ihrerseits auf das Monopol legitimer Gewalt zurück-

greifen kann, Freiheit allenfalls eine stets prekäre Freiheit des Starken bliebe, ist evident. „Ohne Sicherheit“, schreibt schon Wilhelm von Humboldt, „vermag der Mensch weder seine Kräfte auszubilden, noch die Früchte derselben zu genießen; denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit.“<sup>30</sup>

Staatlicher Zwang gewinnt indessen seine Legitimität genau dadurch, dass er im Dienst der Freiheitsrechte steht und sich kontrollierbar an diese bindet. Erst dadurch wird der staatlich angedrohte und eingesetzte Zwang zum eigentlichen *Rechtszwang*. Das Humboldt-Wort gilt deshalb auch in der Umkehr: Ohne Freiheit ist keine Sicherheit – jedenfalls keine Sicherheit, die das Prädikat der Rechtsstaatlichkeit verdient hätte. Mit den Worten Kants: Nur „als *Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit*“ ist die Anwendung beziehungsweise die Androhung staatlichen Zwangs „mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmend, d.i. recht“.<sup>31</sup>

Für eine rechtsstaatliche Sicherheitspolitik stellen die Freiheitsrechte stets eine *Aufgabe* und *Vorgabe* zugleich dar. Der demokratische Rechtsstaat kann seine komplexe Aufgabe, Freiheit lebbar zu gestalten, nur wahrnehmen, wenn er die in der Würde des Menschen begründeten Freiheitsrechte gleichzeitig als eine unverfügbare Vorgabe respektiert. Da die Achtung jedes Menschen als Subjekt von Freiheitsrechten den

29 Kant, Die Metaphysik der Sitten, AA Bd. VI, S. 231 (im Original als Überschrift gesperrt gedruckt).

30 Wilhelm von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen (1792), Nachdruck Aalen 1947, S. 51.

31 Kant, Die Metaphysik der Sitten, AA Bd. VI, S. 231.

Stellenwert einer *unhintergehbaren Prämisse* der Rechtsstaatlichkeit hat, kann sie auch in Krisenzeiten nicht ohne Schaden für das Selbstverständnis des demokratischen Rechtsstaats und die Glaubwürdigkeit rechtsstaatlicher Sicherheitspolitik zur Disposition gestellt werden.<sup>32</sup>

#### 4. Absolute und relative Eingriffsschranken

Die Unveräußerlichkeit der Freiheitsrechte besagt nicht, dass diese überhaupt keinen staatlichen Beschränkungen unterworfen werden könnten. Sicherheitspolitische Erfordernisse vermögen unter Umständen durchaus gewisse Beschränkungen und Eingriffe in die Freiheitsrechte zu rechtfertigen. Entscheidend ist allerdings, dass für solche Beschränkungen beziehungsweise Eingriffe wiederum ein *verbindlicher Rahmen* besteht, der dafür sorgt, dass die Eingriffe nicht willkürlich oder exzessiv ausfallen und vor allem den Wesensgehalt der Freiheitsrechte nicht beschädigen. Damit der gleichermaßen triviale wie richtige Hinweis, dass die Freiheit angesichts der Unsicherheit menschlicher Lebensverhältnisse nur eine endliche, begrenzte Freiheit sein kann, nicht zum faktischen Leerlaufen der Freiheitsrechte führt, bedarf es bestimm-

ter „*Schranken-Schranken*“, das heißt klarer Kriterien und Grenzen, innerhalb derer etwaige Beschränkungen und Eingriffe sich bewegen müssen. Auch in dieser Struktur der doppelten Negation kommt der Freiheitsanspruch des Rechtsstaats zum Tragen.

Für einige Menschenrechtsnormen gilt, dass sie von vornherein keinerlei Einschränkungen beziehungsweise Eingriffe erlauben. Paradigmatisch dafür steht das Folterverbot, dem eine hohe Symbolfunktion in der sicherheitspolitischen Debatte zukommt. Es ist selbst in Krisensituationen allen legitimen Abwägungen entzogen. Dies hat mit dem spezifischen Charakter der Folter zu tun. Die Folter lässt sich mit Jörg Splett knapp als „Aufhebung der Willensfreiheit ... bei Erhaltung des Bewusstseins“ definieren.<sup>33</sup> Das Besondere der Foldersituation besteht demnach nicht allein darin, dass dem Betroffenen durch Zwangsmittel der eigene *Wille ausgeschaltet* wird. Hinzu kommt, dass er diese Brechung seines Willens *bewusst erlebt* und *erleben soll*. Er wird gleichsam Zeuge seiner eigenen Verdinglichung zu einem vollends manipulierbaren Bündel von Schmerz, Angst und Scham und soll genau daran zerbrechen. Dies macht das Perfide der Folter aus. In ihr wird der Achtungsanspruch des Menschen nicht nur verletzt, sondern vollständig negiert. Deshalb ist die Folter einer

32 Vgl. Sebastian Müller, Präventive Sicherungshaft? Zu den rechtsstaatlichen Grenzen der Terrorismusabwehr. Essay Nr. 4 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2006.

33 Jörg Splett, Theo-Anthropologie. Ein Antwortversuch, in: Hans-Ludwig Ollig (Hg.), Theo-Anthropologie. Jörg Splett zu Ehren, Würzburg 2006, S. 105ff., S. 108. Den Hinweis verdanke ich Gerhard Beestermöller, Folter – Daumenschrauben an der Würde des Menschen. Zur Ausnahmslosigkeit eines absoluten Verbotes, in: Gerhard Beestermöller/ Hauke Brunkhorst (Hg.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?, München 2006, S. 115ff., hier S. 123.

möglichen Rechtfertigung schlechthin unzugänglich. Dass das Folterverbot in allen einschlägigen internationalen und regionalen Menschenrechtskonventionen als absolutes Verbot formuliert ist, ergibt sich insofern zwingend aus den Prämissen des Menschenrechtsansatzes.<sup>34</sup>

Auch hinsichtlich anderer Menschenrechtsnormen gibt es absolut *geschützte Kernbereiche*.<sup>35</sup> Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff in Erinnerung gebracht. Zum Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung stellt das Gericht fest: „Die Privatwohnung ist als ‚letztes Refugium‘ Mittel zur Wahrung der Menschenwürde. Dies verlangt zwar nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung, wohl aber absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt.“<sup>36</sup>

Die Achtung der Menschenwürde beschränkt sich allerdings nicht auf menschenrechtliche „Kernbereiche“, die jedweder legitimen Abwägung entzogen sind, sondern zeigt sich darüber hinaus auch im *sorgfältigen und prinzipiengeleiteten Umgang mit etwaigen Beschränkungen* menschenrechtlicher Freiheit jenseits solcher Kernbereiche. Beschränkungen müssen durch den Gesetzgeber klar erkennbar formuliert

werden; sie müssen sich in einem vertretbaren Rahmen bewegen und in ihren Auswirkungen kontrollierbar bleiben; sie müssen argumentativ plausibel gemacht werden; und die Betroffenen müssen die Möglichkeit haben, sich gegen unangemessene Zumutungen wirksam zur Wehr zu setzen.

In dieser Aufzählung lassen sich unschwer die zentralen rechtsstaatlichen Prinzipien erkennen: Normenklarheit und Normenbestimmtheit, Gewaltenteilung und Gewaltenkontrolle, Verhältnismäßigkeit sowie Rechtswegegarantie. In Formulierung und Handhabung wirken diese Prinzipien oft sehr „technisch“. Als scheinbar bloß „formale“ Prinzipien geraten sie gegenüber den inhaltlich-substanziellen Freiheitsrechten leicht ins Hintertreffen. Deshalb ist die Klarstellung wichtig, dass sie ähnlich wie die inhaltlichen Freiheitsrechte *Ausdruck des Respekts der Menschenwürde* sind.

Die Würde des Menschen als eines Verantwortungssubjekts findet ihre Anerkennung somit einerseits in der Substanz menschenrechtlicher Gewährleistungen. Sie wird andererseits aber auch dadurch respektiert, dass dem Menschen die Schranken der Freiheit seitens des demokratischen Gesetzgebers erklärt und transparent gemacht werden, damit er sich darauf einstellen und sich gegen unzumutbare Eingriffe wirksam wehren kann. Und zwar hat dies so zu

34 Vgl. Heiner Bielefeldt, Menschenwürde und Folterverbot. Eine Auseinandersetzung mit den jüngsten Vorstößen zur Aufweichung des Folterverbots. Essay Nr. 6 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2007.

35 Vgl. Erhard Denninger, Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit, in: Huster/Rudolph (Hg.), a.a.O., S. 85ff., insbes. S. 103ff.

36 Urteil des BVerfG: 1 BvR 2378/98–1 BvR 1084/99, Rdnr. 120.

geschehen, dass die *Argumentationslasten* nie auf Seiten der Freiheit, sondern stets auf *Seiten der Einschränkungen* liegen: Nicht die Freiheit bedarf der Rechtfertigung, sondern ihre Beschränkung beziehungsweise konkrete Beeinträchtigung.<sup>37</sup>

In diesem Sinne lässt sich zum Beispiel das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip als eine *Freiheitsverträglichkeitsprüfung* verstehen.<sup>38</sup> Es verlangt, dass etwaige Einschränkungen beziehungsweise Eingriffe einem wichtigen und legitimen Zweck dienen sowie für die Erreichung dieses Zwecks *geeignet, erforderlich und angemessen* sein müssen. Das Kriterium der „Geeignetheit“ soll bloß symbolische legislative oder administrative Maßnahmen ausschließen, die womöglich lediglich dazu dienen, politische Entschlossenheit zu demonstrieren. Das Kriterium der „Erforderlichkeit“ verlangt die beständige Suche nach dem jeweils mildesten Eingriff zur Erreichung eines sicherheitspolitischen Ziels. Eine sicherheitspolitische Maßnahme, deren Zweck plausiblerweise auch durch einen weniger weit reichenden Eingriff erreicht werden könnte, wäre deshalb unverhältnismäßig und illegitim. Und schließlich beinhaltet das Kriterium der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ die Verpflichtung, dass Ein-

griffe sowohl hinsichtlich ihrer Tiefe wie hinsichtlich ihrer Streubreite in einem angemessenen Rahmen verbleiben müssen.

Es geht beim Verhältnismäßigkeitsprinzip also nicht etwa darum, eine diffuse „Mitte“ zwischen zwei gleichrangigen Zielen – hier Freiheit, dort Sicherheit – zu finden, wie dies mit der allseits beliebten Metapher der zu wahrenden „Balance“ zwischen Freiheit und Sicherheit fälschlich suggeriert wird.<sup>39</sup> Vielmehr dient das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Freiheitsverträglichkeitsprüfung dazu, dass die für das Selbstverständnis des freiheitlichen Rechtsstaats konstitutive *Orientierung am Respekt der Rechtssubjektivität des Menschen* auch in der Sicherheitspolitik maximal zum Tragen kommt.

Ähnlich gilt auch für die anderen rechtsstaatlichen Prinzipien (Normenklarheit, Normenbestimmtheit, Rechtsweggarantie etc.), dass sie die Funktion haben, etwaige Freiheitseinschränkungen transparent zu gestalten und in kontrollierbaren Grenzen zu halten. Sie stehen damit im Dienst der Freiheit, die eben nicht auf die abwägungsfesten menschenrechtlichen Kernbereiche beschränkt bleibt, sondern im Rahmen des jeweils Möglichen *umfassend* zur Geltung kommen soll. In diesem rechtsstaatlich

37 Insofern behält die gelegentlich bespöttelte Formel „in dubio pro libertate“ ihren Sinn. Vgl. die ironischen Bemerkungen von Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin 1983, S. 1 u.ö. Es versteht sich von selbst, dass die Formel weiterer Präzisierung bedarf und auf komplexe Verhältnisse nicht in einem deduktiven Sinne schlichtweg „angewendet“ werden kann. Als heuristisches Prinzip bleibt sie jedenfalls sinnvoll.

38 Vgl. Thomas Groß, *Terrorbekämpfung und Grundrechte. Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, in: *Kritische Justiz* 35 (2002), S. 1ff.

39 Vgl. kritisch dazu: Heiner Bielefeldt, *Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat. Essay Nr. 1 des Deutschen Instituts für Menschenrechte*, Berlin 2004.

gesicherten Vorrang der Freiheit findet die Würde des Menschen als Verantwortungssubjekt ihre gebotene Anerkennung.<sup>40</sup>

## 5. „Feindrecht“?

Angesichts der aktuell gewachsenen Gefahren wird gelegentlich gefordert, der Staat müsse im Überlebenskampf mit seinen terroristischen Feinden in der Lage sein, rechtsstaatliche Bindungen notfalls in Teilbereichen zu suspendieren oder im Einzelfall zu durchbrechen. Im Hinblick auf das Strafrecht sind solche Überlegungen von Günther Jakobs angestellt worden, der für die Kategorie eines „Feindstrafrechts“ eintritt. Der Staatsrechtler Otto Depenheuer hat diese Gedanken aufgegriffen und über den spezifischen Kontext des Strafrechts hinaus in Richtung eines umfassenden „Feindrechts“ ausgeweitet.

Jakobs unterscheidet systematisch zwischen *Bürgerstrafrecht* und *Feindstrafrecht*.<sup>41</sup> Während im Rahmen des Bürgerstrafrechts Täter beziehungsweise Beschuldigte prinzipiell als Mitglied der Rechtsgemeinschaft angesehen und mit den Mitteln des Strafrechts bekämpft werden, sei die Behandlung der

Menschen als Rechtspersonen im „Feindstrafrecht“ für eine bestimmte Gruppe von Menschen außer Kraft gesetzt. Das Feindstrafrecht soll nach Jakobs dann zur Anwendung kommen, wenn Menschen sich derart fundamental gegen die Rechtsordnung stellen, dass mit ihnen grundsätzlich keine rechtliche Gemeinschaft möglich sei.<sup>42</sup>

Der Begriff des Feindstrafrechts erinnert nicht zufällig an die Kategorie des *„unlawful enemy combatant“*, die die US-Administration unter Präsident George W. Bush für die Internierten in Guantánamo Bay geprägt hatte, um ihnen sowohl den völkerrechtlichen Status von Kriegsgefangenen abzusprechen als auch den Schutz des Strafrechts beziehungsweise des Strafprozessrechts vorzuenthalten und sie damit de facto außerhalb des Rechts zu stellen.<sup>43</sup> Tatsächlich macht sich Jakobs dafür stark, Terroristen und andere fundamentale Staatsgegner nicht mit Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen, weil dadurch „dem Staat eine Bindung auferlegt wird – eben die Notwendigkeit, den Täter als Person zu respektieren – die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist.“<sup>44</sup>

40 Vgl. Ruth Weinzierl. Die Evaluierung von Sicherheitsgesetzen. Anregungen aus menschenrechtlicher Perspektive. Policy Paper Nr. 6 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2006.

41 Vgl. Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS. Aufsätze und Urteilsanmerkungen, 2004 (Heft 3), S. 88ff.

42 Groteskerweise beruft Jakobs sich dabei auf Kant. Nicht nur überträgt er Kategorien, mit denen Kant den vorstaatlichen Naturzustand bestimmt, fälschlich auf den staatlichen Zustand; er verkennt außerdem, dass Kant selbst auch für den vorstaatlichen Naturzustand (zumindest prekäre) Rechtsverhältnisse, nämlich Verhältnisse des Privatrechts, unterstellt.

43 Bekanntlich hat der US Supreme Court diese Strategie in mehreren Urteilen durchkreuzt und die Insassen von Guantánamo Bay dem Schutz der amerikanischen Rechtsordnung unterstellt.

44 Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a.a.O., S. 92.



Die rechtliche Anerkennung als Person, die im Bürgerstrafrecht auch dem mutmaßlichen oder verurteilten Straftäter eingeräumt wird, gilt nach Jakobs im Falle des Feindstrafrechts gerade nicht.<sup>45</sup> „Wer keine hinreichende Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat *darf* ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde.“<sup>46</sup>

Indem Jakobs die Rechtsbindung staatlicher Gewalt konkret für den Bereich des „Feindstrafrechts“ suspendiert, verschiebt er den Stellenwert von Menschenrechten und Rechtsstaatlichkeit zugleich *ganz grundsätzlich* – mit Auswirkungen letztlich auf alle Rechtsbereiche, einschließlich des Bürgerstrafrechts. Das von rechtsstaatlichen Bindungen losgelöste reine Gefahrenabwehrrecht bleibt keine geschlossene „Sonderrechtszone“, von dem andere Rechtsbereiche nicht ernsthaft tangiert wären. Vielmehr werden die Kategorien des Feindstrafrechts unvermeidlich auch in das Bürgerstrafrecht einsickern und dieses in seinen rechtsstaatlichen Strukturen transformieren und deformieren.

Wenn beispielsweise das Prinzip der Unschuldsvermutung, für das es im Feindstrafrecht per definitionem keine Grundlage gibt, zunächst gegenüber einer Gruppe mutmaßlicher Feinde außer Kraft gesetzt ist, dann verliert es zugleich insgesamt seinen verbindlichen Stellenwert. Zuletzt kann sich *niemand* mehr darauf verlassen, dass die Unschuldsvermutung gilt. Woher auch sollte der Staat definitiv wissen, wer seine „Feinde“ sind, und wie könnte er mit Sicherheit ausschließen, dass unschuldige Menschen oder „gewöhnliche Kriminelle“ in die Mühlen des Feindstrafrechts geraten? Die Unschuldsvermutung büßt somit ihren Stellenwert über das Feindstrafrecht hinaus ganz generell ein und wird zur bloßen Variabel sicherheitspolitischen Ermessens. Ähnliches gilt auch für andere rechtsstaatliche Grundsätze. Mit anderen Worten: Sobald sich der Staat einmal darauf einlässt, einer Gruppe von Menschen (oder auch nur einem einzelnen Menschen) das Attribut der „Unperson“ zu verpassen, setzt er die Achtung der Menschenwürde als verbindliche Vorgabe staatlicher Sicherheitspolitik grundsätzlich für sich außer Kraft. Ein solcher Staat aber kann kein Rechtsstaat mehr sein.<sup>47</sup>

45 Das Feindstrafrecht charakterisiert Jakobs in einem früheren Aufsatz durch vier Komponenten: „weite Vorverlagerung der Strafbarkeit“, „keine der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe“, „Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung“, „Abbau prozessualer Garantien“. Vgl. Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), in: Albin Eser/Winfried Hassemer u.a. (Hg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick; Dokumentation einer Tagung vom 3.–6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie, München 2000, S. 47ff., hier S. 51f.

46 Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a.a.O., S. 93 (Hervorhebung im Original).

47 Jakobs bekennt sich zwar zu den universalen Menschenrechten als einer rechtspolitischen Zielvorstellung (vgl. a.a.O., S. 95), bestreitet aber ihre verbindliche Geltung *hic et nunc*. Genau dies aber konstituiert den Rechtsstaat.

Depenheuer treibt die Destruktion der Rechtsstaatlichkeit noch weiter, wobei er sich ganz von der antiliberalen Rechtsstaatskritik Carl Schmitts leiten lässt.<sup>48</sup> Insofern wirkt es paradox, dass er seinem Buch den Titel „Selbstbehauptung des Rechtsstaates“ gibt, suggeriert dies doch eine Wertschätzung rechtsstaatlicher Grundsätze. Tatsächlich aber behauptet Depenheuer ganz in der Diktion Carl Schmitts einen Vorrang des Staates und seiner Selbstbehauptung vor allen rechtsstaatlichen Prinzipien, die, wenn es hart auf hart kommt, auf den Status vordergründiger „Drapierungen“ reduziert werden: „Allen freiheitlichen, demokratischen und rechtsstaatlichen Drapierungen der staatlichen Lebensform zum Trotz ... bildet die Fähigkeit und die Bereitschaft, Frieden nach innen und Sicherheit nach außen effektiv zu garantieren, das Fundament staatlich organisierter politischer Ordnung. Ohne Sicherheit keine Staatlichkeit und ohne Staatlichkeit keine freiheitlich-demokratische Rechtsstaatlichkeit.“<sup>49</sup>

Wie Schmitt dem Ausnahmezustand geradezu Offenbarungsqualität zuerkennt, weil in ihm der von der liberalen Jurisprudenz

verleugnete harte Kern staatlicher Souveränität ungeschminkt zu Tage trete,<sup>50</sup> so stilisiert auch Depenheuer die durch den Terrorismus ausgelöste sicherheitspolitische Bedrohung zu einem apokalyptischen Weckruf,<sup>51</sup> der ihm den Anlass bietet, die wahre Rangordnung der Verhältnisse, wie er sie sieht, klarzustellen: Es ist dies der zumindest latent omnipräsente Primat staatlicher Selbstbehauptung gegenüber allen rechtsstaatlichen Prinzipien und Normen.

Von diesem Vorrang effektiver staatlicher Selbstbehauptung ausgehend, unterwirft Depenheuer sämtliche rechtsstaatliche Prinzipien einem *sicherheitspolitischen Generalvorbehalt*. Rechtsstaatliche Eingriffsschwellen und Transparenzfordernisse, die Abwägungskriterien innerhalb des Verhältnismäßigkeitsprinzips, Gewaltenteilung und Rechtswegegarantie, das Schuldprinzip im Strafrecht, schließlich auch das Recht auf Leben, das Folterverbot und andere Menschenrechtsnormen werden damit zu vollends abhängigen Variablen sicherheitspolitischer Effektivitätserwägungen herabgestuft; sie können nach Ermessen jederzeit beiseite geschoben werden.

48 Vgl. Wolfgang Hetzer, Sicherheit durch Ausnahmezustand? Terrorabwehr: Kriegserklärung und Bürgeropfer, in: Strafverteidiger Forum, Heft 3 2008, S. 93ff., hier S. 101: Depenheuers Schrift enthalte, „keine originellen sicherheitspolitischen und staatsrechtlichen Gedanken; sie erschöpft sich in der Wiedergabe und polemischen Zuspitzung von Positionen, die insbesondere Carl Schmitt schon vor vielen Jahrzehnten formuliert hatte“.

49 Otto Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, Paderborn 2007, S. 7.

50 Vgl. Carl Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 5. Aufl. (als unveränderter Nachdruck der 1934 erschienenen 2. Aufl.), Berlin 1990, S. 19ff.

51 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 11: „Die kollabierenden Türme des WTC haben dem neuen Jahrhundert seine unauslöschliche politische Ikonographie eingeprägt. Ebenso wie die sorglose Idylle eines wolkenlosen, lauwarmen Spätsommernorgens an jenem 11. September jäh zerstob, wurden auch die Menschen des westlichen Kulturkreises mental völlig unvorbereitet von einem Tag auf den anderen mit der Realität eines weltweiten Bürgerkriegs konfrontiert ...“.

Mit dem Argument, dass der Terrorismus eine kriegsähnliche Bedrohungsdimension angenommen habe, anders als der traditionelle Staatenkrieg aber keine Vorwarnzeiten und keine förmlichen Kompetenzübertragungen für ein Notstandsregime mehr erlaube, postuliert Depenheuer, dass die Instrumentarien des Kriegsrechts in die jederzeitige Verfügungsgewalt der Innenpolitik gehören.<sup>52</sup> Damit könnte notfalls auch die Tötung von Zivilisten als „Kollateralschaden“ – etwa beim Abschuss eines Passagierflugzeugs – gerechtfertigt werden.<sup>53</sup> Hintergrund dieser Forderung ist die Verwerfung des Luftsicherheitsgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht – für Depenheuer Paradebeispiel eines „Verfassungsautismus“, der den Blick auf die sicherheitspolitischen Realbedingungen der Rechtsstaatlichkeit verweigert.<sup>54</sup>

Zur Abwehr des Terrorismus konstruiert Depenheuer ein, wie er meint, faktisch bereits in der Entstehung begriffenes „Feindrecht“,<sup>55</sup> zu dessen Wesensmerkmal es gehört, dass

darin jegliche Rechtsbeziehung gegenüber den Staatsfeinden suspendiert ist: „Zwischen Feind und Bürger besteht daher keine rechtliche Basis als Grundlage für eine fiktive Vereinbarung, nach der auch er an den rechtsstaatlichen Gewährleistungen teilhabe. Verfassungstheoretisch hat er keinen Anspruch, nach Maßgabe der Rechtsordnung behandelt zu werden, die er bekämpft.“<sup>56</sup>

Gegenüber den „Feinden“ sind nach Depenheuer deshalb praktisch alle Maßnahmen legitim, einschließlich der Folter oder einer zeitlich unbegrenzten Internierung.<sup>57</sup> Depenheuer plädiert zwar nicht direkt für solche Maßnahmen, sondern gibt zu verstehen, dass es durchaus Gesichtspunkte dafür geben könnte, auf sie zu verzichten. Entscheidend aber ist, dass er sich eindeutig zu ihrer *Legitimität* bekennt. Selbst ein System organisierter Rechtsverweigerung, wie es in Guantánamo eingerichtet worden ist, sei ein mögliches Instrument staatlicher Selbstbehauptung im Kampf gegen seine Feinde.<sup>58</sup> Der einzige Anspruch, den Depenheuer

52 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 52: „Der Ausnahmezustand wird zwar nicht mehr förmlich erklärt, die Sicherheitsorgane müssen aber jederzeit auf ihn reagieren können: der Ausnahmezustand wird damit ‚zu einem Paradigma des Regierens‘ bei der ‚Verteidigung‘ gegen den Terrorismus. Ausnahmerecht wird so partiell Teil der Friedensrechtsordnung, ohne in ihr aufgehen zu können; die Existenz eines speziell auf die terroristische Bedrohung reagierenden Feindrechts spiegelt diese Entwicklung normativ wider.“

53 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 46.

54 Depenheuer, a.a.O., S. 26 u.ö.

55 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 67f.: „Im Staat des Grundgesetzes gibt es daher kein formelles, wohl aber materielles Feindrecht. Tatsächlich hat sich in der rechtsstaatlichen Normallage eine Rechtsmaterie etabliert, die materiell als Feindrecht qualifiziert werden kann.“

56 Depenheuer, a.a.O., S. 62.

57 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 72: „Systematisch zum Feindgefahrenabwehrrecht würden auch spezielle, aber soweit ersichtlich derzeit noch nicht ernsthaft erwogene Maßnahmen der präventiven Sicherungsverwahrung ebenso zählen wie solche der Internierung potentiell gefährlicher Personenkreise oder die kontrovers diskutierte Frage nach einer – rechtsstaatlich domestizierten – Folter.“

58 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 63f.: „‘Guantánamo’ verweist auf den von Staats wegen nicht vorhandenen subjektiven Rechtsstatus feindlicher Terroristen und fungiert als Chiffre für die Sicherungsverwahrung von Menschen, die als Gefahr erkannt werden. Das ist eine verfassungstheoretisch mögliche Antwort im Kampf der rechtsstaatlichen Zivilisation gegen die Barbarei des Terrorismus.“

mutmaßlichen Feinden verlässlich einräumen will, ist der auf eine förmliche Klärung ihres Feindstatus.<sup>59</sup>

Den Gegenpol zur Gruppe der „Feinde“ bildet nach Depenheuer der Bürgerverband, innerhalb dessen eigentlich rechtliche Beziehungen gelten sollten. Der absolute Vorrang der Sicherheitspolitik hat aber auch hier – ähnlich wie bei Jakobs – zur Folge, dass Menschenrechte und rechtsstaatliche Grundsätze ihren Stellenwert, sobald es Ernst wird, ganz generell verlieren. Der entfesselte Leviathan schlägt auch auf den Bürgerverband durch. So verlangt Depenheuer von den Bürgern<sup>60</sup> als Ausweis ihrer wechselseitigen Solidarität die jederzeitige Bereitschaft zum Opfer ihres Lebens, das heißt zur Preisgabe ihres Menschenrechts auf Leben zugunsten der staatlichen Gemeinschaft. Konkret geschieht dies dadurch, dass sie Maßnahmen wie etwa dem Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeugs hinnehmen sollen.

Nicht nur die mutmaßlichen Feinde, sondern auch die Mitglieder des Bürgerverbandes bleiben nach Depenheuer somit gegenüber dem souveränen Sicherheitsstaat rechtlos. Beide sind in der – latent omnipräsenten – Situation staatlicher Selbstbehauptung nicht mehr Subjekte des Rechts, sondern *bloße Objekte*: im einen Fall Zielobjekte staatlicher Bekämpfungs-

maßnahmen, im anderen Fall Klienten staatlicher Schutzmaßnahmen, deren menschenrechtliche Kollateralschäden sie widerspruchslos hinnehmen sollen. Während die prinzipielle Rechtlosigkeit der mutmaßlichen Feinde dadurch begründet wird, dass sie sich ja aus freien Stücken zum Kampf gegen den Staat entschlossen hätten, wird die faktische Rechtlosigkeit der Bürger in der Krisenlage als verfassungspatriotisches Martyrium mystifiziert.<sup>61</sup>

In beiden Konstellationen verwendet Depenheuer übrigens gelegentlich auch den Begriff der Würde, der dadurch eine merkwürdige Bedeutungsverschiebung ins Martialische erfährt. Bezüglich der terroristischen Feinde schreibt er: „Indem der Feind außerhalb des Rechts gestellt wird, liegt gar eine Anerkennung seiner Würde: der Terrorist wird als Überzeugungstäter ernst genommen und gerade deswegen als Gefahr für die staatlich verfasste Gemeinschaft bekämpft.“<sup>62</sup> Die im Grundgesetz und in internationalen Menschenrechtsverträgen festgeschriebene Verklammerung von Menschenwürde und Menschenrechten wird somit aufgekündigt: nicht die Anerkennung, sondern die *Aberkennung* der Menschenrechte soll in diesem Fall als Respekt der Würde gelten!

Dies geschieht nun keineswegs nur gegenüber den Feinden. Vielmehr bringt Depen-

59 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 64f.

60 Die weibliche Form „Bürgerin“ kommt in Depenheuers Buch nicht vor.

61 Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 101: „Der so beredt beschworene Verfassungspatriotismus erfährt in der positiven Rechtfertigung und öffentlichen Anerkennung des Bürgeropfers seine eigentliche Bewährungsprobe ...“.

62 Depenheuer, a.a.O., S. 63.

heuer auch innerhalb des Bürgerverbands die Würde vornehmlich dann zur Sprache, wenn die Menschen ihre Rechte, insbesondere ihr Lebensrecht einbüßen und dieser Verlust als solidarisches Opfer glorifiziert wird. Mit Blick auf die Dilemma-Situation, die dem Luftsicherheitsgesetz zugrunde lag, betont er: „In einer solchen tragischen Entscheidungssituation kann der rechtschaffene Bürger seine Würde einzig darin finden, dass er sein Interesse bis hin zur Aufopferung seines Lebens den Interessen anderer oder des Gemeinwohls solidarisch unterordnet.“<sup>63</sup>

In Depenheuers Konzept erfahren zentrale verfassungstheoretische Begriffe eine *massive Bedeutungsverschiebung*: Der Begriff der Würde wird im Freund-Feind-Verhältnis seines universalistischen Gehalts entkleidet; die rechtliche Friedensordnung erlebt eine scharfe Wendung ins Martialische; die Freiheitsrechte werden als rechtsethische Grundkategorie im Grunde geleugnet und statt dessen mit den Belanglosigkeiten der „Spaß- und Wohlstandsgesellschaft“<sup>64</sup> assoziiert; und die Bürger treten nicht als demokratische Citoyens und Citoyennes auf, sondern sollen sich im Ernstfall ein- und unterordnen und die Verfechter einer harten Sicherheitspolitik ihr Geschäft verrichten lassen.

Irritierend ist vor allem aber der Gebrauch des Begriffs Rechtsstaat. Was Depenheuer

unter Rechtsstaatlichkeit versteht, bleibt vollkommen verschwommen. An die Stelle klarer und nachvollziehbarer Terminologie steht der bloße *Gestus* einer offensiven Klartextsemantik, die sich anheischig macht, die im liberalen Rechtsstaatsdiskurs ansonsten angeblich verleugneten harten Wahrheiten ungeschminkt zur Sprache zu bringen. Depenheuers Sprachgebrauch pendelt denn auch hin und her zwischen offener Rechtsstaatsverachtung, kulminierend in ätzenden Invektiven gegen das Bundesverfassungsgericht,<sup>65</sup> und der Beschwörung notwendiger „Selbstbehauptung des Rechtsstaats“ im Titel des Buches. Klar ist nur, dass seine Vorstellungen mit dem Konzept eines auf die Achtung der Rechtssubjektivität jedes Menschen verpflichteten demokratischen Rechtsstaats nichts mehr gemein haben. Eine bizarre Formulierung wie die von der „rechtsstaatlichen domestizierten Folter“<sup>66</sup> zeigt, dass die Entsubstanzialisierung der Rechtsstaatssemantik hier auf die Spitze getrieben wird.

Die von Depenheuer eingeforderte Bereitschaft zur „Selbstbehauptung des Rechtsstaats“ zielt wohl am ehesten auf die Wahrung einer partikularen westlichen Lebensform im drohenden „clash of civilizations“.<sup>67</sup> Für die Zwecke der Wehrhaftigkeit nach außen und nach innen soll notfalls der Bruch mit den universalistischen normativen Prinzipien des Grundgesetzes in Kauf genommen werden. Im Namen der Vertei-

<sup>63</sup> Depenheuer, a.a.O., S. 98f.

<sup>64</sup> Depenheuer, a.a.O., S. 104.

<sup>65</sup> Vgl. Depenheuer, a.a.O., S. 26ff.

<sup>66</sup> Depenheuer, a.a.O., S. 72.

<sup>67</sup> Vgl. Depenheuer, a.a.O. S. 14.

digung des Rechtsstaats wird rechtsstaatliche Substanz en gros entsorgt.

## 6. Glaubwürdigkeit des Rechtsstaats

Zu einer Zeit, in der „Guantánamo“ in den USA längst als Irrweg – als Symbol für einen globalen Glaubwürdigkeitsverlust des Westens und für eine vollends aus dem Ruder gelaufene Sicherheitspolitik – erkannt worden ist, melden sich in Deutschland Protagonisten einer „Guantánamisierung“ der staatlichen Ordnung zu Wort. Die von Jakobs und Depenheuer entwickelten Vorstellungen eines „Feindrechts“ sind zwar von der herrschenden Meinung in der juristischen und rechtspolitischen Debatte weit entfernt und stoßen zumeist auf Skepsis und Widerspruch.<sup>68</sup> Gleichwohl sind sie Beleg dafür, dass angesichts der anhaltenden terroristischen Bedrohung rechtsstaatliche Grundsätze im öffentlichen Bewusstsein und in der Politik ganz erheblich ins Rutschen geraten können. Die Semantik des Rechtsstaats kann sich, wie das Beispiel Depenheuer zeigt, von einem kritisch-normativen Konzept der Rechtsstaatlichkeit im Grenzfall völlig ablösen. Dadurch wird es schließlich möglich, die Preisgabe rechtsstaatlicher Substanz im Namen der „Selbstbehauptung des Rechtsstaats“ einzufordern. Ohne sich zu Depenheuers Position inhaltlich zu bekennen, hat Bundesinnenminister Wolfgang

Schäuble den von Depenheuer vorgetragenen Überlegungen hohe aktuelle Relevanz zugesprochen.<sup>69</sup>

Wenn Rechtsstaatlichkeit nicht zum beliebig verwendbaren Etikett entleert werden soll, muss ein Verständnis leitend bleiben, wonach der Staat sich an die grundlegenden Freiheitsrechte und an rechtsstaatliche Prinzipien gebunden weiß. Die „Unveräußerlichkeit“ der Menschenrechte besagt, dass die Verpflichtung des Staates zu ihrer Gewährleistung nicht nur den Stellenwert eines anzustrebenden Ziels hat. Was den demokratischen Rechtsstaat von autoritären und halbautoritären Regimen unterscheidet, ist ja nicht schon die generelle Berufung auf Wert oder Ziel menschlicher Freiheit, die als solche wohlfeil ist, sondern die *strenge Bindung an hier und jetzt geltende Freiheitsrechte*. Freiheit ist im Rechtsstaat nicht die irgendwann einmal fällige Dividende erfolgreicher Sicherheitspolitik, sondern der unmittelbar geltende Maßstab staatlicher Legitimität, dessen Beachtung außerdem einer wirksamen Kontrolle unterworfen ist. Die grundlegenden Freiheitsrechte haben deshalb einen herausgehobenen rechtsnormativen Status, der sie der Verrechnung mit sonstigen Interessen – auch mit politischen Sicherheitsinteressen – weitgehend entzieht beziehungsweise etwaige Abwägungen mit konkurrierenden Rechtsgütern zumindest unter strenge rechtsstaatliche Bedingungen stellt.

<sup>68</sup> Vgl. z.B. Udo di Fabio, Sicherheit in Freiheit, in: Neue Juristische Wochenschrift 7/2008, S. 421ff.

<sup>69</sup> So Wolfgang Schäuble in einem Interview vom 19.07.2007: [http://www.cdu.de/archiv/2300\\_20339.htm](http://www.cdu.de/archiv/2300_20339.htm) (abgerufen am 08.08.2008).

Die Menschenrechte, die im Medium des positiven Rechts ihre präzise Gestalt und ihre institutionelle Durchschlagskraft gewinnen, enthalten gleichzeitig – über die Rechtsebene hinausgehend – einen *ethischen Anspruch*. Als im Respekt der Menschenwürde begründete „unveräußerliche“ Rechte machen sie die eigentliche ethische Substanz des demokratischen Rechtsstaats aus. Das gemeinschaftliche Eintreten für eine öffentliche Rechtskultur, die auf der Achtung von Menschenwürde, Menschenrechten und rechtsstaatlichen Prinzipien beruht, ist deshalb geeignet, auch jene *bürgerliche Solidarität* zu stiften, die sich Depenheuer fälschlich vom „Bürgeropfer“ verspricht. Staatsbürgerliche Solidarität in der freiheitlichen Gesellschaft bewährt sich in demokratischer Partizipation und zivilgesellschaftlichem Engagement für eine öffentliche Menschenrechtskultur, nicht in einer zum verfassungspatriotischen Martyrium mystifizierten Hinnahme des Abbaus von Freiheitsrechten.

Obwohl Freiheit und Sicherheit keineswegs in einem pauschalen Gegensatz zueinander stehen, wie ab und an behauptet wird, kann es immer wieder zu konkreten Zielkonflikten kommen. Für diesen Fall geben die rechtsstaatlichen Prinzipien handhabbare Kriterien und klare Grenzen für mögliche Abwägungen vor. Etwaige sicherheitspolitisch motivierte Eingriffe in Freiheitsrechte müssen sich *innerhalb der rechtsstaatlichen*

*Ordnung* als erforderlich, sinnvoll und angemessen erweisen lassen und dürfen nicht als Anlass herhalten, die Rechtsbindung staatlichen Handelns in der Krise zu lockern oder aufzukündigen. Zu den *absoluten Normen*, die auch in Notstandssituationen unbedingt eingehalten werden müssen, zählt das Folterverbot; es markiert eine für den demokratischen Rechtsstaat schlechthin unüberschreitbare Grenze.<sup>70</sup> Selbst im Kampf gegen mutmaßliche Terroristen, denen buchstäblich jedes Mittel zur Erreichung ihrer Ziele recht sein mag, darf sich der Staat nicht auf einen Wettlauf der Barbarei einlassen. „Wer sich als Feind des Rechtsstaates erklärt und erweist“, schreibt Udo di Fabio, „muss zwar mit entsprechenden Antworten rechnen, die Rechtsordnung des Grundgesetzes erfüllt ihm aber nicht den Wunsch nach Selbstaufgabe ihrer Fundamente durch Einrichtung von zivilisatorisch ausgedünnten Sonderrechtszonen.“<sup>71</sup>

Nur in der bewussten Selbstbindung an die Grundlagen seiner eigenen Legitimität kann der Staat sich als demokratischer Rechtsstaat gegenüber der terroristischen Bedrohung behaupten. Diese Selbstbindung bedeutet keine Schwäche, sondern Stärke. Sie steht nicht in Gegensatz zur gebotenen Selbstbehauptung, sondern bildet deren Voraussetzung. Indem die staatliche Sicherheitspolitik die Prämissen der Rechtsstaatlichkeit auch in bei der Gefahrenabwehr wahr, gewinnt sie nämlich zugleich jene

<sup>70</sup> Vgl. Jan Philipp Reemtsma, *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburg 2005.

<sup>71</sup> Di Fabio, a.a.O., S. 423.

Glaubwürdigkeit, ohne die eine nachhaltige  
Terrorismusbekämpfung nicht gelingen kann.  
Auch dies ist eine Lehre aus dem Irrweg  
Guantánamo.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Vgl. Wolfgang S. Heinz/Jan M. Arend, Internationale Terrorismusbekämpfung und Menschenrechte. Entwicklungen 2003/2004. Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2004.



**Deutsches Institut für Menschenrechte**  
**German Institute for Human Rights**

Zimmerstr. 26/27

D-10969 Berlin

Phone: (+49) (0)30 – 259 359 0

Fax: (+49) (0)30 – 259 359 59

[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)